@bollettinoADAPT, 15 febbraio 2016

La posizione ministeriale sui diritti di precedenza nel contratto a tempo determinato

di Pierluigi Rausei

Tag: *#sanzioni #reati #illeciti #depenalizzazione #dsl*

Con la risposta ad interpello n. 7 del 12 febbraio 2016 il Ministero del Lavoro assume una importante posizione in merito alla rilevanza del diritto di precedenza nel contratto a termine, dopo la novella legislativa contenuta nell'art. 24 del D.Lgs. n. 81/2015.

In effetti, rispondendo a Confindustria che chiede di sapere se il datore di lavoro può fruire dell'esonero contributivo per l'assunzione con trasformazione a tempo indeterminato di un rapporto di lavoro a termine quando un altro lavoratore (cessato da un contratto a termine o con contratto a termine ancora in corso) non ha ancora esercitato il diritto di precedenza prima dell'assunzione effettuata con esonero, i tecnici ministeriali della Direzione generale per l'attività ispettiva offrono una soluzione operativa utile a dipanare l'attuale contesto normativo, in una interpretazione di chiaro equilibrio fra l'obbligo del datore di lavoro di notiziare in forma scritta il lavoratore e il parallelo, reciproco, obbligo del lavoratore di manifestare per iscritto al datore di lavoro la volontà di esercitare il diritto di precedenza maturato.

La disciplina normativa nel d.lgs. n. 81/2015

Come noto il legislatore nel "codice dei contratti" riconosce un diritto di precedenza nell'assunzione, o nella riassunzione, ai lavoratori assunti a tempo determinato anche per attività stagionali: l'art. 24, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015 attribuisce al lavoratore già titolare di uno o più contratti a tempo determinato presso la stessa azienda, che ha prestato complessivamente una attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato che vengono effettuate dal datore di lavoro nei successivi dodici mesi, limitatamente alle mansioni già svolte dal lavoratore medesimo nei rapporti a termine.

La norma prevede che il periodo di astensione obbligatoria di maternità (art. 16, comma 1, D.Lgs. n. 151/2001, ma dovrebbe intendersi costituzionalmente anche di paternità), intervenuto in esecuzione di un contratto a termine presso la stessa azienda, concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza, inoltre alle stesse lavoratrici madri (come pure ai lavoratori padri) è riconosciuto un diritto di precedenza anche per le assunzioni a termine effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi, con riferimento alle mansioni già espletate (art. 24, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015).

A sua volta l'art. 24, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015 prevede che anche i lavoratori assunti a termine per svolgere attività di carattere stagionale hanno un diritto di precedenza, riguardo alle nuove assunzioni a tempo determinato che il datore di lavoro procederà ad effettuare per le stesse attività stagionali.

La norma (art. 24, comma 4, D.Lgs. n. 81/2015) prescrive che il datore di lavoro ha l'obbligo di richiamare espressamente il diritto di precedenza del lavoratore nell'atto scritto con cui viene fissato il termine del contratto. La Circolare n. 18/2014 (sia pure resa sul previgente analogo quadro regolatorio determinato dal d.l. n. 34/2014, convertito dalla legge n. 78/2014) ha specificato l'obbligo di indicazione dei diritti di precedenza nell'atto scritto che contiene il termine di durata del contratto a tempo determinato, per poi chiarire che la mancata informativa al lavoratore "non incide sulla possibilità che il lavoratore possa comunque esercitarli", oltre ad affermare che la stessa non "appare specificatamente sanzionata" (sebbene il datore di lavoro inadempiente possa essere destinatario di un provvedimento di disposizione impartito dagli ispettori del lavoro a norma dell'art. 14 del d.lgs. n. 124/2004).

Il diritto di precedenza all'assunzione può essere esercitato dal lavoratore a condizione che questi provveda a manifestare espressamente per iscritto tale volontà al datore di lavoro entro un termine ragionevole dalla data di cessazione del rapporto, fissato legalmente, rispettivamente, entro 6 mesi, se trattasi di lavoratore con anzianità aziendale di almeno 6 mesi, ed entro 3 mesi, se trattasi di lavoratore stagionale (art. 24, comma 4, D.Lgs. n. 81/2015). Il diritto di precedenza, peraltro, si estingue, in ogni caso, entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro a termine (art. 24, comma 4, ultimo periodo, D.Lgs. n. 81/2015).

La violazione del diritto di precedenza non può avere riflessi sul rapporto di lavoro instaurato, ma al lavoratore beneficiario spetta un risarcimento danni (Trib. Milano 28 aprile 1990; Cass. n. 12505/2003), sebbene non siano mancate pronunce volte a riconoscere il diritto del lavoratore pretermesso alla costituzione del rapporto di lavoro in forma specifica (Pret. Milano 29 giugno 1988; Cass. n. 8568/2004).

L'interpretazione dell'interpello n. 7/2016

Su tale scenario normativo, dunque, la risposta ad interpello n. 7/2016, sottolineando che l'esercizio del diritto di precedenza consegue necessariamente alla volontà espressa per iscritto da parte del lavoratore nei termini di legge, per cui il diritto di precedenza deve essere concretamente esercitato previa manifestazione espressa in forma scritta da parte del lavoratore interessato, afferma che, in mancanza o nelle more della manifestazione scritta di volontà del lavoratore, il datore di lavoro può legittimamente procedere alla assunzione di altri lavoratori o alla trasformazione di altri rapporti di lavoro a termine in essere (sia che il contratto a termine di durata superiore a sei mesi sia cessato, sia che trascorsi i sei mesi sia ancora in corso).

In questo senso la risposta ministeriale dà piena forza al valore giuridico del diritto di precedenza nel d.lgs. n. 81/2015 che non nasce automaticamente in capo al lavoratore per la mera circostanza dell'aver svolto il rapporto di lavoro a termine nei dodici mesi che precedono la nuova assunzione, ma deve essere necessariamente palesato e documentato per iscritto precedentemente alla libera scelta datoriale di occupare un lavoratore diverso, giacché soltanto a fronte della previa manifestazione di volontà il lavoratore titolare del diritto di precedenza potrà invocarlo.

Nella medesima direzione, comunque, si era mosso ancora il Ministero del Lavoro con Circolare n. 13 del 2 maggio 2008 nella quale aveva già affermato che "*i diritti di precedenza [...] possono essere esercitati a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro*" nei termini di legge e, nell'odierno quadro regolatorio, necessariamente in forma scritta.

Eppure l'INPS con le proprie indicazioni di prassi amministrativa (cfr. Circolare n. 137 del 12 dicembre 2012) aveva negli anni successivi totalmente disatteso l'impostazione ministeriale, tracciando sul diritto di precedenza la linea di demarcazione di esemplarità riguardo all'impossibilità di fruire degli incentivi non spettano quando l'assunzione che si pretende di vedere incentivata costituisce attuazione di un obbligo preesistente stabilito da norme di legge (principio parzialmente mitigate, più di recente, dalla Circolare n. 17 del 29 gennaio 2015 che ha riconosciuto la fruibilità dell'esonero contributivo della legge n. 190/2014 per il datore di lavoro che assume il

lavoratore titolare del diritto di precedenza stante la finalità della norma di "*promuovere forme di occupazione stabile*"), sostenendo l'effettività del diritto di precedenza nell'assunzione anche senza esplicita manifestazione di volontà.

Un assunto che l'INPS ha tentato di estendere, prima della risposta ad interpello n. 7/2016, anche all'odierno regime normative affermando in un parere del settembre 2015 che "*l'accettazione del nuovo posto di lavoro a tempo indeterminato potrebbe considerarsi una manifestazione per fatti concludenti della volontà di avvalersi del diritto di precedenza*" (*www.consulentidellavoro.it/files/PDF/2015/Interpello_INPS_ART8_CO9L407-90.pdf*).

La posizione assunta dall'Istituto previdenziale, peraltro, determinava, di fatto, una differente caratterizzazione della natura giuridica del diritto di precedenza, che si struttura propriamente come un diritto disponibile, che può formare oggetto di apposita rinuncia (in sede di conciliazione amministrativa o sindacale, come pure riconosciuto dalla Circolare INAIL n. 28 del 23 maggio 2014), il cui esercizio necessitava, anche nel quadro normativo delineato dall'art. 5, comma 4-*quater*, del D.Lgs. n. 368/2001 (ovviamente ancor più ora con riferimento all'art. 24 del D.Lgs. n. 81/2015), della attivazione del lavoratore, di un suo specifico e chiaro comportamento "attivo", di una palese manifestazione di volontà nel termine indicato dal legislatore (così anche per la giurisprudenza che ha sottolineato la valenza costitutiva del diritto di precedenza della espressa manifestazione di volontà: Cass., Sez. Lav., 20 agosto 2004, n. 16363; Cass. Sez. Lav., 26 agosto 2003, n. 12505; Cass., Sez. lav., 7 novembre 1997, n. 10968).

Peraltro, la risposta ad interpello n. 7/2016 non si limita soltanto a riconoscere la valenza condizionante e costitutiva della manifestazione di volontà del lavoratore in forma scritta, perché estende la legittimità dell'assunzione del lavoratore senza diritto di precedenza anche con riguardo alla fruizione dell'esonero contributivo triennale di cui all'art. 1, comma 118, della legge n 190/2014 (ma analogamente deve ritenersi per quello biennale dell'art. 1, comma 178, della legge n. 208/2015), fermo restando, ovviamente, il rispetto delle condizioni di cui all'art. 31, comma 1, *lett. a)*, del D.Lgs. n. 150/2015 (già dettate dall'art. 4, comma 12, legge n. 92/2012), per cui, con riguardo al diritto di precedenza in favore dei lavoratori a termine, la condizione di cui all'art. 31, comma 1, *lett. a)*, del D.Lgs. n. 150/2015 si applica soltanto se e quando il lavoratore interessato, titolare del diritto di precedenza, ha manifestato in forma scritta al datore di lavoro la volontà di avvalersi di esercitare il suo diritto.

Pierluigi Rausei
ADAPT Professional Fellow e Docente di Diritto sanzionatorio del lavoro (*)
@RauseiP

(*) Le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere impegnativo per l'Amministrazione alla quale appartiene.